

CWO/COAB 15-10

Reactie VNO/NCW-MKB-Nederland

Consultatie conceptwetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU.

In algemene zin juicht het bedrijfsleven het expliciet in de wet opnemen van de marktconsultatie toe. Dit maakt het mogelijk om innovatieve en duurzame oplossingen toe te passen. Dit kan enkel tot stand komen in een situatie van verdere professionalisering van aanbestedende diensten. Hier moet nog wel een slag worden gemaakt. Het bedrijfsleven roept het ministerie van EZ hier een coördinerende rol op te nemen bij het professionaliseren van de aanbestedende diensten.

Door het ministerie van EZ is gevraagd om op vijf onderdelen met een reactie te komen. Zie hierna de onderdelen 1 tot en met 5. Daarnaast brengt VNO-NCW / MKB-Nederland nog een aantal eigen onderwerpen naar voren.

1. Verplichting tot elektronisch aanbesteden: de ingangsdatum van verplicht elektronisch aanbesteden.

De zorgen rond elektronisch aanbesteden op aanbestedingssites betreffen vooral de diversiteit tussen aanbieders op het gebied van kwaliteit en werkwijze. De software en de opties zijn telkens net verschillend. Dat kost onnodig veel tijd en veel menskracht. De lappendeken aan werkwijzen leidt tot inefficiëntie in bedrijfsvoering van inschrijvers en vergroot de kans op vergissingen en fouten bij indienen – een vinkje vergeten te zetten of op juiste manier aanleveren van digitale stukken etc..

Er zijn meerdere private platforms voor elektronisch aanbesteden. Daarbij kan onderscheid gemaakt worden tussen attenderingssites en aanbestedingssites.

- Attenderingssites geven informatie en overzicht over overheidsopdrachten die worden uitgeschreven. Voorbeelden zijn TenderNed, Tenderguide en Aanbestedingskalender.
- Aanbestedingssites bieden mogelijkheden voor het vormgeven van het daadwerkelijke aanbestedingstraject en communiceren tussen aanbestedende dienst en inschrijvers. Bijvoorbeeld TenderNed, CTM Solutions, Negometrix, Commercehub, Ibis, Chapoo, Ariba.

Gewenste situatie

Uniformering door alle aanbestedingen via hetzelfde loket te laten verlopen dringt de administratieve lasten terug voor opdrachtnemers. Inschrijven op een aanbesteding is al enorm veel werk terwijl de kans op een opdracht niet altijd groot is. De verschillen tussen de platforms bevorderen het maken van fouten en het per abuis vergeten van meesturen van documenten (omdat die elders uit een elektronische kluis gehaald kunnen worden – TenderNed, maar dat kan weer niet bij andere loketten). Dit kan leiden tot juridische procedures of op zijn minst het missen van kansen. De overheid heeft heel veel geïnvesteerd in TenderNed, dat nu eindelijk steeds beter begint te lopen en veel voordelen biedt voor beide partijen. Inschrijvende bedrijven hebben de voorkeur één aanbieder, TenderNed, waarbij informeren, publiceren en inschrijven uploaden via één site mogelijk is.

Vooraf voor kleine MKB-bedrijven die met een beperkt aantal aanbestedingen met verschillende platforms te maken krijgen kan dit leiden tot een verhoogde kans op fouten en onevenredige besteding van tijd. Dit is ongewenst.

Volgens het bedrijfsleven moet vol worden ingezet op een goed en betrouwbaar werkend TenderNed, dat aantrekkelijk is voor zowel ondernemers als aanbestedende diensten.

Hiervoor is nodig dat:

- de 1200 geïdentificeerde knelpunten voor zowel aanbestedende diensten als ondernemers snel worden opgelost.
- TenderNed een stabiel systeem wordt, en grotere hoeveelheden aanbestedingen zonder problemen aan kan.

- TenderNed moet uit de algemene middelen betaald blijven worden, dit zorgt voor laagdrempelige gratis toegang voor zowel ondernemer als aanbestedende dienst.

Bij het toepassen van meerdere platforms dient er een aantal kwaliteitseisen te worden gesteld aan deze platforms. Bijvoorbeeld bescherming bedrijfsgegevens, eenduidige, uniforme en relevante criteria, niet te gebruiken als database voor uitnodigingsbeleid, gebruiksvriendelijkheid, betrouwbare en duidelijke bevestiging na het indienen van een aanbieding, duidelijkheid over aanbestedingstijdstip (nu blijkt tijdstip in Negometrix soms af te wijken van de leidraad) en geen belangrijke inschrijfvragen meer gedurende van de aanbesteding (bij ondermeer Negometrix komen bij het indienen nog weleens aanvullende vragen naar voren; alle in te dienen bescheiden en/of te beantwoorden vragen moeten opgenomen zijn in de Inschrijvingsleidraad). Een verplichting voor het gebruik van TenderNed voor alle elektronische aanbestedingstrajecten (naast de bestaande verplichtte melding op TenderNed) door aanbestedende diensten kan dan achterwege blijven.

De maximale uitstelmogelijkheid die de Richtlijn biedt dient gebruikt te worden, of in ieder geval de tijd totdat er een platform is dat voldoet aan de bovenstaande voorwaarden.

Het noodzakelijke uitstel is primair afhankelijk van de realisatie van de voornoemde doelstellingen ten aanzien van een stabiel en betrouwbaar elektronisch aanbestedingsplatform.

Een realistische planning met een concrete datum waarop alle problemen en knelpunten zijn verholpen zijn essentieel voor de duur van het uitstel. Een dergelijke planning is ons niet bekend en daardoor kan het uitstel naar onze mening nu niet korter zijn dan de maximale termijn van 30 maanden.

Ten slotte moet er ruimte blijven voor een inlichtingenbijeenkomst (plus ander noodzakelijk persoonlijk contact, afhankelijk van de procedure). Bij het digitaal indienen van vragen worden essentiële antwoorden laat ontvangen of zijn de antwoorden niet toereikend. Bij een inlichtingenbijeenkomst en persoonlijk contact is er de mogelijkheid om door te vragen. Door persoonlijk contact wordt duidelijker wat er bij de opdrachtgever leeft. Dit moet uitgezonderd worden van verplichte digitalisering.

2. Termijnen: de verkorting van de termijnen

De nieuwe richtlijn voorziet in een groot aantal gevallen in de mogelijkheid dat aanbestedende diensten termijnen aanhouden voor de aanmelding als gegadigde of voor de inschrijving, die korter zijn dan de bestaande termijnen. Ook bij eerdere richtlijnen was van verkortingen sprake.

Het bedrijfsleven is fel gekant tegen verdere bekorting van de termijnen. Het bedrijfsleven bepleit dan ook de bestaande termijnen te handhaven en de bekorting niet over te nemen uit de nieuwe richtlijn.

De redenen voor dit standpunt zijn duidelijk: weliswaar wordt in de toelichting op de aanpassing van de wet gesteld dat de lengte van de termijnen in overeenstemming dienen te zijn met de aard en omvang van de opdracht, maar in de praktijk blijkt dat aanbestedende diensten heel vaak de kortst mogelijk toegestane termijnen aanhouden. Van de in de regelgeving opgenomen minimumtermijnen gaat een magneetwerking uit, hetgeen ertoe leidt dat bedrijven bij het volgen van de nieuw voorgestelde termijnen nog korter de gelegenheid krijgen tot het doen van een zorgvuldig voorbereide aanbieding dan thans het geval is. Te kort gestelde termijnen leiden ertoe dat bedrijven afhaken,

waardoor de concurrentie afneemt en de gewenste mededinging in de markt niet gediend wordt. Bovendien worden de belangen van de aanbestedende dienst hierdoor geschaad. Een en ander is met name van belang voor die opdrachten waarvan het doen van een offerte naar hun aard meer tijd vergt, zoals het geval is met opdrachten voor diensten en werken. Alleen bij leveringen is voorstelbaar dat het aanhouden van minimumtermijnen geen probleem is, althans waar het gaat om de levering van standaard producten die geen aanpassing vergen danwel op maat gemaakt of geleverd dienen te worden. Omdat het evenwel niet altijd gemakkelijk is die situatie duidelijk te omschrijven, en de levering van standaard producten ook onderdeel kan uitmaken van een meer omvattende opdracht, dienen de bestaande minimumtermijnen niet verder te worden bekort.

3. Termijnen: verlenging referentietermijn

De uitzonderlijke situatie waarin 'de adviseurs in de bouw' verkeren, verdient om het letterlijk onder de aandacht te worden gebracht van opdrachtgevers. Daarom verzoeken we u in overweging te nemen om te refereren aan deze twee branches in de Memorie van Toelichting onder artikel 2.93 lid 4.

Een expliciete link naar 'de adviseurs in de bouw' is noodzakelijk. Deze branches ondervinden namelijk bij uitstek veel problemen van de driejarige referentietermijn. Architecten- en ingenieursbureaus voeren een beperkt aantal opdrachten per jaar uit, die altijd verbonden zijn met 'werken' (de referentietermijn voor 'werken' is vijf jaar).

Bureaus 'lopen te snel uit hun referenties'. Het zou goed zijn als de lastige positie van architecten- en ingenieursbureaus letterlijk over het voetlicht wordt gebracht.

We suggereren de volgende toevoeging aan de toelichting op artikel 2.93 lid:

"Tevens wordt aan artikel 2.93 een vierde lid toegevoegd. (...) Dit kan bijvoorbeeld voorkomen in branches waarin sprake is van tijdsintensieve opdrachten waardoor er relatief weinig opdrachten per jaar worden uitgevoerd en het goed mogelijk is dat inschrijvers niet over voldoende passende referenties beschikken die in de afgelopen 5 jaar zijn uitgevoerd. Dit geldt bijvoorbeeld voor de architecten- en ingenieursbranche. In dat geval kan het wenselijk zijn de termijn te verlengen zodat er voldoende inschrijvers overblijven die aan de gestelde eisen kunnen voldoen."

4. Rechtstreekse betaling van onderaannemers: de keuze om artikel 71 derde lid (2014/24/EU) en artikel 88 derde lid (2014/25/EU) niet te implementeren.

Door EZ is in de concept wettekst de keuze gemaakt geen ruimte geven om in specifieke gevallen en onder een aantal condities rechtstreekse betaling aan de onderaannemer mogelijk te maken (Artikel 71 derde lid). Dit zou het algemene contractenrecht doorkruisen, zonder dat men dit concreet motiveert. Er zijn echter gevallen waarin dit wel degelijk wenselijk kan zijn, bijvoorbeeld indien de hoofdaannemer en opdrachtgever het oneens zijn over onderdelen van de hoofdopdracht, die volledig los staan van de betreffende onderaannemingsovereenkomst, waardoor de betaling is opgeschort.

Gewenste situatie

Artikel 71 derde lid moet wel geïmplementeerd worden. Er zijn ons inziens geen wettelijke bepalingen die zich daartegen zouden verzetten. Een variant op deze bepaling is opgenomen in de bouw gebruikelijke uniforme algemene voorwaarden UAV 2012. Eerder is door de rechter al eens uitgesproken, dat de betreffende bepaling, par. 40 lid 13 UAV (in een vorige versie aangeduid met lid 10) niet in strijd is met de openbare orde, noch in strijd met de Faillissementswet is.

Rechtstreekse betaling

Het bedrijfsleven is voorstander van het in de wet opnemen van het door de opdrachtgever doen van rechtstreekse betalingen aan onder-opdrachtnemers, zij het onder bepaalde voorwaarden. Hierbij wordt als referentiepunt de bestaande regeling in de UAV en UAV GC genomen. Deze bestaande regeling laat zien, dat toepassing van rechtstreekse betaling in bepaalde gevallen in de praktijk ook prima werkt. Er is daarom

geen principiële reden om van deze mogelijkheid af te zien. Vooralsnog worden vanuit de wetgeving (w.o. faillissementswetgeving) ook geen belemmeringen gezien. Een wettelijke regeling waarin een rechtstreeks recht voor onderaannemer is opgenomen, is in elk geval geen reden voor paulianeus handelen, nu geen sprake is van een onverplichte rechtshandeling. Los daarvan is naar de mening van het bedrijfsleven de stelling, dat de implementatie van art. 71 van richtlijn 2014/24/EU niet past in het Nederlandse contractenrecht te kort door de bocht. Het is volgens ons inziens een goede zaak, dat de wetgever rekening houdt met de belangen van onderaannemers (vaak MKB bedrijven) en het aanknopingspunt dat de richtlijn hiervoor biedt, te benutten. Vanuit dat belang is het dan ook een goede zaak dat alsnog uitgebreider onderzoek gedaan wordt naar de vraag of art. 71 van richtlijn 2014/24/EU of en zo ja op welke wijze kan worden geïmplementeerd. Uit de toelichting van het ministerie komen de eventuele contractuele belemmeringen, zo deze er zijn, op dit moment niet nader naar voren. Op het grote maatschappelijke belang om wel een bescherming op te nemen wordt ten onrechte evenmin nader ingegaan.

Advies: VNO/NCW/MKB NL dringen bij het ministerie aan op nader onderzoek naar de mogelijkheden van implementatie van art. 71 derde lid.

Gewenste aanpassing

Het bedrijfsleven denkt graag mee over voorwaarden waaronder onder-opdrachtnemers aanspraak kunnen maken op rechtstreekse betalingen.

Voor lid drie, zeven en acht van artikel 71 geldt, dat er voorwaarden moeten worden geformuleerd. Deze zijn hieronder nader uitgewerkt.

Rechtstreekse betaling moet een oplossing vormen voor, ingeval:

- de hoofdaannemer en opdrachtgever het oneens zijn over onderdelen van de (hoofd)opdracht, welke volledig losstaan van de betreffende onderaannemingsovereenkomst;
- niet-betalen van de onderaannemer zonder legitieme reden; (al dan niet vanwege onverhoopt faillissement hoofdaannemer);
- de hoofdaannemer het werk niet zal/kan voltooien (faillissement of anderszins), is het voor onderaannemers (financieel) aantrekkelijker om het werk te vervolgen. Dit levert voor de opdrachtgever ook een voordeel op qua kosten en mogelijke garanties. Ook wordt het eenvoudiger om een andere hoofdaannemer bereid te vinden het werk over te nemen.

Toelichting

Hierbij is uitgegaan het algemene vertrek in het Nederlands recht: contractsvrijheid.

Daaruit volgt:

- zelfstandig overeenkomen betalingscondities voor onderaanneming tussen hoofdaannemer enerzijds en onderaannemer anderzijds;
- het ontstaan van een vordering tot betaling van de onderaannemer op (slechts) de hoofdaannemer;
- anders gesteld: Onderaannemer heeft in beginsel geen vordering op opdrachtgever (van hoofdaannemer)

Een rechtstreekse betaling, die dus afwijkt van het normale contractenrecht, zou in bijzondere gevallen mogelijk moeten zijn. Hoofregel daarbij is: In geval van in gebreke blijven hoofdaannemer of bij onvermogen hoofdaannemer.

Deze gevallen behoeven nadere duiding:

Rechtstreekse betaling zou in die zin slechts mogelijk moeten zijn in bijzondere gevallen en wel:

A. ingeval van opeisbare en niet-betwiste vorderingen van de onderaannemer; voorwaarden: het moet gaan om uitgevoerd en goedgekeurde werkzaamheden ter zake waarvan termijn(en) open staan en waarbij de hoofdaannemer instemt*) met de rechtstreekse betaling**) aan de onderaannemer***);

B. ingeval de hoofdaannemer zijn verplichtingen niet nakomt of zal kunnen nakomen, onder de voorwaarde dat de onderaannemer wel is nagekomen/zal nakomen.

*) Ter bescherming van de belangen van de hoofdaannemer, die de contractuele relatie met de opdrachtgever onderhoudt en derhalve ook de regie voert over de door hem aan de onderaannemer uitbestede werkzaamheden, moet aan de hoofdaannemer dan wel aan zijn wettelijk vertegenwoordiger een bezwaarmogelijkheid geboden worden. Bovendien moet hij vooraf gelegenheid hebben om de hoogte van het te betalen bedrag te beoordelen in relatie met de verrichte werkzaamheden.

***) in geval van daadwerkelijke betaling aan de onderaannemer verdient de verantwoordelijkheid c.q. de aansprakelijkheid voor het betreffende werk de aandacht.

****) betaling geschiedt bevrijdend

5. Voorbehouden opdrachten: de keuze om artikel 20 (2014/24/EU) en artikel 38 (2014/24/EU) onverkort te implementeren.

Gewenste situatie

Het bedrijfsleven meent dat een lidstaat ervoor kan kiezen om geen speciale positie te creëren voor sociale werkplaatsen, daar er de mogelijkheid is om het voorbehoud toe te passen maar dan niet in de ruime zin zoals waartoe de richtlijn de mogelijkheid geeft. VNO-NCW en MKB-NL pleiten dus voor handhaving van het bestaande artikel 2.82.

Toelichting op problemen bij toepassing 30% norm

De kern van het probleem is dat 1-op-1 overname van artikel 20 leidt tot een nog verdere stapeling van maatregelen en verplichtingen voor ondernemers. Op dit moment lopen ondernemers al aan tegen veel maatregelen en verplichtingen. Voorbeelden hiervan zijn het sociaal akkoord, de quotumwet, de toepassing van social return en inbesteden. Dit komt dan bovenop eigen keurmerken die bepaalde bedrijfstakken voeren ten behoeve van het verbeteren van de professionaliteit.

- In het sociaal akkoord is afgesproken dat het bedrijfsleven zorgt voor 100.000 banen voor mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt. De overheid zorgt voor 25.000 banen. Er komen 35 regionale werkbedrijven om hieraan uitvoering te geven, conform de participatiewet. Daarnaast is er een quotumwet aangenomen als stok achter de deur om deze afspraken indien nodig wettelijk af te dwingen. Het bedrijfsleven staat vanzelfsprekend voor de 100.000 banen afspraak.
- Veel overheden eisen social return – dat eigenlijk thuishoort bij arbeidsmarktbeleid en niet bij inkoop - via aanbestedingen. Het gaat hier om het betrekken bij de opdracht van personen met een afstand tot de arbeidsmarkt. Ondernemers die niet aan de social return eisen voldoen of kunnen voldoen, lopen de opdrachten mis. Meer dan 80% van de gemeenten past al social return toe. Dit aantal neemt enkel toe. De bezuinigingen op dit beleidsterrein (1,3 mld. euro) zullen waarschijnlijk leiden tot een nog verdere intensivering van de social return eis. Uit de tussenresultaten van de evaluatie van de Aanbestedingswet blijkt al dat social return eisen een grote belemmering zijn voor mkb-bedrijven om deel te nemen aan aanbestedingen. Dit gaat dus in, tegen het doel van de aanbestedingswet: betere en laagdrempelige toegang voor ondernemers. Social return leidt tot meer (administratieve) lasten en tot minder concurrentie door uitsluiting van ondernemers.
- Ook zien we dat overheden steeds meer overgaan tot het inbesteden: werkzaamheden worden niet meer aan marktpartijen gegund, maar door eigen bedrijven of in eigen organisatie uitgevoerd.

Kortom door het invoeren van artikel 20 uit de richtlijn zou dus nog eens een extra kop bovenop verplichtingen en maatregelen komen. Deze kop is onnodig en heeft ongewenste nadelige effecten. Het zou ruimte geven aan overheden om opdrachten exclusief te gunnen aan partijen (zowel marktpartijen als SW-bedrijven) met meer dan 30% mensen in dienst met een afstand tot de arbeidsmarkt. Het aantal ondernemingen

dat daadwerkelijk 30% of meer kan realiseren zal erg klein zijn, wat leidt tot uitsluiting van het grootste deel van de ondernemingen. Dat beperkt concurrentie tussen ondernemingen sterk en bevordert dientengevolge niet de mededinging, terwijl dat nu juist één van de achterliggende doelen is van de Aanbestedingswet: Het faciliteren van de mededinging in de markt. Daarnaast geldt dat in sommige sectoren cao-afspraken zijn gemaakt dat het betrokken personeel bij aanbesteding het werk volgt. Bij zulke grote hoeveelheden (>30%) zal dat tot veel gesteggel leiden over de vraag wat wel en niet betrokken personeel is?

6. Uniform Europees Aanbestedingsdocument (Europese Eigen Verklaring)

VNO-NCW/MKB-Nederland hebben kennis genomen van een concept-voorstel voor de tekst van de Europese eigen Verklaring, het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA), zoals dat recent door de Europese Commissie is toegezonden aan de Lidstaten. VNO-NCW/MKB-Nederland hebben grote bezwaren tegen dat Europese model omdat daarin door de aanbestedende dienst veel informatie van ondernemers wordt gevraagd, veel meer dan het geval is op grond van de huidige model dat in ons land op grond van de Aanbestedingswet gehanteerd wordt. Uit de evaluatie van de Aanbestedingswet is naar voren gekomen dat de Eigen Verklaring uit die wet een niet onaanzienlijke lastenverlichting voor het bedrijfsleven tot gevolg heeft gehad. Het bedrijfsleven behoudt deze lastenverlichting graag, ook met het oog op het toegankelijker maken van aanbestedingen voor het MKB en schat in dat dat positieve effect vrijwel geheel teniet zal worden gedaan wanneer het nieuwe model, het UEA, verplicht wordt gesteld.

VNO-NCW/ MKB-Nederland ondersteunt daarom de Nederlandse inzet die er volledig op is gericht dat het concept UEA wordt aangepast om te voorkomen dat de lasten zullen toenemen.

Mocht het niet alsnog komen tot een versie van het UEA die veel meer lijkt op het Nederlandse model, dan bepleit het bedrijfsleven om het Europese Model alleen te hanteren voor Europese aanbestedingen en het huidige Nederlandse model te handhaven voor aanbestedingen beneden de drempel.

7. Gunningscriteria (artikel 2.114 voorstel Aw)

VNO-NCW/MKB-Nederland menen dat ten onrechte in het concept wetsvoorstel niet is opgenomen de mogelijkheid van artikel 67, lid 2 één na laatste alinea van RL 2014/24/EU. Die bepaling biedt de mogelijkheid om voor het kostenelement een vaste prijs te hanteren, zodat de ondernemers uitsluitend concurreren op kwaliteitscriteria.

Wij menen verder, dat in de toelichting op het artikel, ten onrechte niet wordt ontraden om bij het toepassen van kwalitatieve gunningscriteria te werken met relatieve wegingen.

8. Concurrentiegerichte dialoog (art 2.28)

Aan de beschrijving in wet (art. 2.28 lid 1 sub a.1 - a.4) en MvT van voorwaarden voor de concurrentiegerichte dialoog kan geheel worden voldaan door toepassing van Duurzaam GWW (procesaanpak en instrumenten). Dit achten wij positief. Geconstateerd wordt dat de formulering van de voorwaarden tamelijk eenzijdig refereren aan moeilijke situaties en aan complexe en tegelijk grote projecten. Dat kan ontmoedigen, juist omdat concurrentiegerichte dialoog niet verplicht is maar een mogelijkheid.

Gewenste situatie

Refereer in de voorwaarden juist ook aan:

- Kansen: bijvoorbeeld op aanzienlijk duurzamere oplossingen. 'Behoeften van aanbestedende diensten' kunnen ook zijn: hoge duurzaamheidsambities.

- Duurzaamheid: eist vaak 'innovaties' en kan eigenlijk niet zonder 'aanpassing van gemakkelijk beschikbare oplossingen'.
- Blijven bewegen naar integrale oplossingen: breed verkennen en slim combineren doorkruist technische specialismen waardoor bijna per definitie 'technische specificaties niet nauwkeurig kunnen worden bepaald'. Op deze manier kan worden aangehaakt bij snelle verduurzaming van technieken de markt vraagt om toepassing van Omgevingswijzer, Ambitieweb, en bij de aanbesteding oplossingsvrij / functioneel specificeren.
- Kleine werken die net zo goed hun eigen 'complexiteit' kennen. Ook voor kleine opdrachtgevers is de aanpak (relatief) complex met wellicht zelfs meer behoefte aan consultatie van het bedrijfsleven.

9. Toepassingsgebieden mededingingsprocedure met onderhandeling en concurrentiegerichte dialoog

Deze procedures verschillen in die zin van elkaar dat bij de onderhandelingsprocedure eerst sprake is van een inschrijving, waarover onderhandeld wordt en dat bij de dialoogprocedure eerst een dialoog plaats vindt, waarna de inschrijvingen worden gedaan.

Anders dan in de vorige richtlijn, kunnen de mededingingsprocedure met onderhandeling (de oude onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking) en de concurrentiegerichte dialoog in dezelfde gevallen worden toegepast. Die gevallen staan in artikel 26, lid 4 van Richtlijn 2014/24/EU en in artikel 2.28, lid 1 onder a en b jo. artikel 2.30 van het wetsvoorstel.

VNO-NCW en MKB-Nederland menen dat hierdoor het risico bestaat dat de procedures worden toegepast in situaties waar die procedures niet geschikt voor zijn.

In de gevallen als omschreven in artikel 2.28 lid 1 sub a onder 1, 2 en 4 lijkt toepassing van de dialoogprocedure juist voor de hand te liggen omdat het in de daar omschreven omstandigheden niet goed voorstelbaar is dat een partij in staat zal zijn om meteen een inschrijving te doen (waarover vervolgens wordt onderhandeld).

Artikel 2.28 lid 1 sub a onder 3 lijkt, door het gebruik van de woorden "niet worden gegund zonder voorafgaande onderhandelingen" te wijzen in de richting van de onderhandelingsprocedure, maar evengoed zou kunnen worden gesteld dat in de daar beschreven gevallen, de dialoogprocedure goed kan worden ingezet.

En in de gevallen van artikel 2.28 lid 1 sub b lijkt zonder meer toepassing van de onderhandelingsprocedure aangewezen, waar de tekst en uitwerking daarvan overeenstemt met de gevallen waarin volgens de nu nog geldende regelgeving de onderhandelingsprocedure kan worden toegepast.

Op grond van de tekst van de richtlijn heeft de wetgever de mogelijkheid om per procedure te bepalen in welke gevallen de onderhandelingsprocedure c.q. de dialoogprocedure kan worden toegepast.

Wij pleiten ervoor om de toepassingsgebieden van deze procedures "uit elkaar te trekken", in die zin dat:

- de dialoogprocedure wordt gereserveerd voor de gevallen als omschreven artikel 2.28 lid 1 sub a onder 1, 2, 3 en 4

- de onderhandelingsprocedure wordt gereserveerd voor het geval als bedoeld in artikel 2.28 lid 1 sub a onder 3 en voor de situaties als omschreven in artikel 2.28 lid 1 sub b.

10. Dynamische aankoop systemen

Voor het bedrijfsleven zijn een aantal belangrijke bezwaren tegen het aanbesteden van flexibele arbeid door middel van Dynamische Aankoopssystemen:

Voor een uitzendonderneming is het van groot belang om de aanbestedende dienst goed te leren kennen. Dan kan de beste selectie worden gemaakt. Bij een Dynamisch Aankoopstelsel is er meestal alleen per mail contact mogelijk met de aanbestedende dienst. Dit verarmt het contact tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. Daardoor kan de uitzendonderneming de aanbestede dienst niet leren kennen en de kandidaten niet selecteren op de cultuur binnen de aanbestedende dienst. Als goed werkgever wil een uitzendonderneming de uitzendkracht informeren over de werkplek bij de aanbestedende dienst. Dit is ook een wettelijke plicht. De vereisten om als uitzendonderneming de uitzendkracht te informeren over de werkplek is bijvoorbeeld vastgelegd in Artikel 11 van de WAADI.

Om mee te dingen bij een Dynamisch Aankoopstelsel dienen uitzendondernemingen de voorwaarden van het Dynamisch Aankoopstelsel te onderschrijven. Aangezien Dynamische Aankoopssystemen vaak zijn ingericht op andere dienstverlening dan het ter beschikking stellen van arbeid, zijn de voorwaarden niet toegeschreven naar het inhuren van flexibele arbeid. En bij een Dynamisch Aankoopstelsel is er nog minder ruimte voor een gesprek over de inkoopvoorwaarden dan bij een reguliere aanbesteding. Dat brengt bij uitzenden bijvoorbeeld op het gebied van aansprakelijkheid onwenselijke onduidelijkheid met zich mee. Een uitzendkracht is immers formeel een werknemer van de uitzendonderneming maar feitelijk ligt leiding en toezicht bij de aanbestedende dienst. Aangezien inkoopvoorwaarden over het algemeen stellen dat leveranciers aansprakelijk zijn voor het eigen personeel maar daarbij niet specificeren of het om feitelijk of formeel werkgeverschap gaat, is onduidelijk hoe die aansprakelijkheid bij uitzendkrachten valt. Ook is soms onduidelijk welke contractvorm gebruikt dient te worden (uitzendcontract, contracting of zp-inhuur) en waar leiding en toezicht wordt belegd. Dit maakt een wezenlijk verschil qua kostprijs en risico en creëert mogelijk schijnconstructies. Gewenste situatie

Artikel 2.48 stelt dat een aanbestedende dienst bij het instellen van een Dynamisch Aankoopstelsel een niet-openbare procedure toepast. Gegeven de problemen die aanbieders ondervinden bij het gebruik van Dynamische Aankoopssystemen dient in artikel 2.48 of in artikel 2.148 naar mening van het bedrijfsleven een verplichting voor het voeren van een marktconsultatie te worden opgenomen. Zeker nu de begrenzing van vier jaar, eerder opgenomen in artikel 2.149, in de nieuwe wet vervalft dient een Dynamisch Aankoopstelsel gebruik te maken van voorwaarden die passen bij het product dat de aanbestedende dienst wenst aan te schaffen. Een marktconsultatie is daarbij noodzakelijk.

11. Uitsluiting (Artikel 2.87 lid 1 sub g)

Deze facultatieve uitsluitingsgrond maakt het mogelijk om een inschrijver of gegadigde uit te sluiten die "blijk heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift van een eerdere overheidsopdracht (...) en dit heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht tot schadevergoeding of tot andere vergelijkbare sancties."

In de toelichting op deze bepaling wordt gezegd dat onder dergelijke aanzienlijke tekortkomingen die gevallen moeten worden verstaan waarin de rechter wanprestatie heeft vastgesteld. Dat lijkt een te lichte omschrijving, waar immers het volgende gedeelte uit overweging 101 bij de richtlijn spreekt over grove wanprestatie.

“Hij moet voorts gegadigden of inschrijvers kunnen uitsluiten die zich bij eerdere overheidsopdrachten schuldig hebben gemaakt aan grove wanprestatie, bijvoorbeeld niet-levering of niet-uitvoering, levering of uitvoering met grote gebreken die het product of de dienst onbruikbaar maken voor het beoogde doel, en wangedrag dat ernstige twijfel doet rijzen aan de betrouwbaarheid van de ondernemer. “

Alhoewel er in het Nederlandse recht niet een wettelijk onderscheid is tussen een “grove” wanprestatie en een ‘gewone’ wanprestatie, lijkt deze zinsnede uit de overweging 101 van de richtlijn het argument te onderbouwen dat deze uitsluitingsgrond alleen ingeroepen mag worden wanneer het gaat om een door de rechter vastgestelde toerekenbare tekortkoming. NB: De voorgestelde bepaling spreekt over een ‘tekortkoming’; naar de mening van het bedrijfsleven is een uitsluiting alleen dan op zijn plaats wanneer die tekortkoming aan de desbetreffende inschrijver is toe te rekenen. Kortom, het woord “toerekenbare” dient toegevoegd te worden aan artikel 2.87 lid 1 sub g. Voorts is het bedrijfsleven van mening dat de laatste woorden “andere vergelijkbare sancties” te veel ruimte laten voor interpretatie. De MvT stelt dat de eisen “als één geheel in samenspel dienen te worden gelezen”. Aangezien het hier om een zware sanctie gaat voor een door een ondernemer in het verleden begane misstap, is het bedrijfsleven er voorstander van dat deze woorden geschrapt worden.

Het bedrijfsleven heeft op de Memorie van Toelichting nog het volgende aan te merken:

Volgens de MvT hoeft de tekortkoming niet geconstateerd te worden bij dezelfde aanbestedende dienst. Sterker nog, de kring waarbinnen de tekortkoming geconstateerd is, is onbeperkt. Dat lijkt het bedrijfsleven buitengewoon onredelijk. Hiermee zet de wetgever de deur open voor roddel en achterklap. Iedere opdrachtnemer die dus eens de fout is ingegaan, kan door middel van ‘hear say’ ergens anders uitgesloten worden van een aanbesteding. Dit beperkt de eerlijke mededinging. Het feit dat de Europese wetgever de kring waarbinnen de tekortkoming geconstateerd is niet beperkt, betekent niet dat de Nederlandse wetgever deze kring niet kan beperken. Mocht deze overweging al in de MvT blijven staan, dan ziet het bedrijfsleven graag dat de kring beperkt wordt tot de aanbestedende dienst waar de opdrachtnemer de fout ingegaan is.

Een ander punt waartegen het bedrijfsleven zich fel verzet, is de opmerking in de MvT dat “het denkbaar is dat met het oog op toepassing van dit criterium aanbestedende diensten een register bijhouden waarin de tekortkomingen van ondernemers worden geregistreerd. Zo wordt een tekortkoming een stigma dat de onderneming tot drie jaar na de fout blijft achtervolgen. Dat is onredelijk en in het kader van de mededinging ook zeker niet wenselijk. Overigens noemt de Europese Richtlijn helemaal geen mogelijkheid voor het instellen van een register.

Het bedrijfsleven meent dat het uit een oogpunt van rechtsgelijkheid dan wel zo zou moeten zijn dat dat op Europese schaal gebeurt. Opname in een dergelijk register vraagt overigens om toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor, alsmede om maatregelen in de sfeer van de rechtsbescherming.

Hierbij zou gedacht kunnen worden aan het opnemen van Ontwerprichtlijn, COM (2011) 896 def. 20.12.201 artikel 55 lid 3 laatste alinea. Deze luidt: “Voor de toepassing van de in de eerste alinea, onder d), bedoelde uitsluitingsgrond voorzien de aanbestedende diensten in een methode voor de beoordeling van contractuele prestaties op basis van objectieve en meetbare criteria die op een systematische, consistente en transparante wijze worden gehanteerd. Elke prestatiebeoordeling wordt bekendgemaakt aan de desbetreffende ondernemer, die de gelegenheid krijgt bezwaar te maken tegen de bevindingen en bescherming in rechte kan verkrijgen”. Nu is de rechtsbescherming niet geregeld.

Tevens vraagt het bedrijfsleven zich af hoe een partij uit het register geschrapt kan worden.

Deze bepaling zou niet opgenomen mogen worden in de nieuwe Aanbestedingswet. Mocht er geen mogelijkheid zijn om deze te schrappen, dan zou hij alleen in gewijzigde vorm gehandhaafd kunnen worden. Er dient in opgenomen te worden dat de facultatieve uitsluitingsgrond alleen dan ingeroepen mag worden, wanneer het gaat om een door een rechterlijke instantie in een vonnis vastgestelde toerekenbare tekortkoming.

De MvT dient, bij handhaving van het artikel, aangepast te worden in die zin, dat de kring van aanbestedende diensten beperkt wordt tot de aanbestedende dienst waar de tekortkoming voorgekomen is, en dat de mogelijkheid om een register in te stellen, geschrapt wordt.

12.Toepassen van branchekeurmerken

In het conceptwetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 worden keurmerken genoemd. Graag zouden wij zien dat in relatie tot de keurmerken het volgende wordt opgenomen:

1. Het expliciet benoemen van branchekeurmerken in relatie tot artikel 278a eerste lid.
2. Aandacht voor het belang van deugdelijk onderzoek door aanbestedende diensten alvorens andere geschikte bewijsmiddelen te accepteren in de zin van artikel 278a eerste lid.
3. Professionalisering van de inkoop ten aanzien van de punten 1 en 2 via organisaties als PIANOo.

Branchekeurmerken voldoen over het algemeen aan de criteria a tot en met e als bedoeld in artikel 278a eerste lid. Het is belangrijk dat dit duidelijk wordt aangegeven op de locatie in de wet en toelichting (278a eerste lid), waar voor de aanbestedende diensten een beslismoment ligt voor de wijze waarop een keurmerk wordt uitgevraagd.